Erde hervorquillt oder in demjenigen seines Nachbarn A., von woher es dem Seinigen mitgetheilt wird, und das Wasser sich nach dem Keller des C. hin verbreitet; — so kann der Letztere weder von seinem nächsten, noch von seinem entferntern Nachbar begehren, daß er das Wasser von dort wegschaffe, sondern er muß dies Ungemach so gut ertragen, wie jedes andre, was in der natürlichen Beschaffenheit des Bodens oder der Lage seines Grundstücks gegründet ist. Er muß sich davon zu befreien suchen, so gut er kann, nämlich es, wenn es auf seinem Gebiet angekommen ist, selbst fortschaffen — oder sich von seinem Nachbarn eine Servitus bestellen lassen, vermöge deren dieser dulden soll, daß jener auf sein Gebiet kommen oder eine Anstalt daselbst haben dürfe, um das Wasser von dort wegzuschaffen.

Eine Ausnahme würde vielleicht dann zu machen seyn, wenn sich beweisen oder ausmitteln ließe, daß durch Ausgrabung des Kellers das Wasser dorthin geleitet sey und selbiges außerdem diesen Gang nicht genommen haben würde; — was aber, da das Erdreich meistens von der Art ist, daß es Wasser durchläßt, wenigstens nicht wahrscheinlich ist. Vielmehr scheint umgekehrt wahrscheinlich zu seyn, daß durch den dadurch bewirkten leeren Raum jene Last für den Nachbar verringert worden.

VI.

Ueber die Elemente des Concurs-Processes und die Eröffnung desselben von Amtswegen.

Vom

Regierungsrathe Lotz, zu Coburg.

Unter den Lehren, worüber unsere Proceßtheorien und Proceßgesetzgebungen noch nicht ganz im Klaren sind, verdient gewiß die Lehre von der Eröffnung des Concurs-Processes nicht die letzte Stelle. Nach der gewöhnlichen Darstellung geht der Concurs-Proceß hervor, entweder 1) aus einer Erklärung des

Gemeinschuldners, daß seine Habe zu Befriedigung aller seiner Gläubiger nicht hinreiche, ihm wenigstens nicht auszureichend scheine, und verbunden mit einer Ueberlassung seines Vermögens an seine Gläubiger; oder 2) aus einem Erkenntnisse des Richters, das jene Unzulänglichkeit ausspricht und den Gläubigern die gesammte Habe ihres Schuldners zur gesetzmäßigen Vertheilung unter sich anweißt. Dieses Erkenntniß des Richters ruht aber nach der gewöhnlichen Darstellung auf einer gedoppelten Vorbedingung. Entweder a) sind es die Gläubiger, auf deren Anträge es erfolgt, oder b) es spricht sich in ihm ein Act der Thätigkeit des Richters von Amtswegen aus. Vorzüglich bei dem letzten Puncte scheinen mir nun unsere Proceßtheorie und Gesetzgebung noch die Berichtigung zu verdienen, der die gegenwärtige Betrachtung hauptsächlich gewidmet ist.

Die Hauptidee, welche bei dem Concurs-Processe, er mag veranlaßt worden seyn durch eine Güterabtretung von Seiten des Gemeinschuldners, oder durch ein richterliches Erkenntniß, in einem Falle wie in dem Andern, zum Grunde liegt, — diese Hauptidee ist meiner Ansicht nach doch immer nur die: „ein Verfahren herzustellen, das auf der einen Seite die richtige und gesetzmäßige Vertheilung der Habe des Gemeinschuldners unter die wider ihn aufgetretenen Gläubiger fördert, auf der andern Seite aber jedem Gläubiger Sicherheit gewähren möge, gegen die Gefahr, dasjenige, was ihm von der Habe des gemeinen Schuldners auf seine Forderung geworden seyn mag, von andern, vielleicht mehr oder gleich berechtigten, Gläubigern in Anspruch genommen zu sehen. Diese Hauptidee und deren consequente Verfolgung aber heischt offenbar weiter nichts, als daß der Richter bei der Eröffnung eines jeden Concurses den sämmtlichen Gläubigern des Gemeinschuldners Anlaß und Gelegenheit gebe, ihre Ansprüche auf die Habe des gemeinen Schuldners, der Vorschrift der Gesetze und dem Gange der Ordnung gemäß, gerichtlich betreiben zu können. Keineswegs aber erfordert die Verfolgung jener Hauptidee, das unmittelbare und selbstthätige Eingreifen des Richters in die Rechte und die

Freiheit der Gläubiger, das im Wesen des Concurs-Processes, nach der gewöhnlichen Darstellung desselben, sich als einen auffallenden characteristischen Bestandtheil der richterlichen Thätigkeit offenbart. Um jene Hauptidee zu verfolgen, muß nun zwar der Richter in jedem Concurs-Processe, er mag aus dem einen vorbereitenden und ihn bedingenden Acte hervorgegangen seyn, oder aus dem andern, die gesammte Habe des gemeinen Schuldners in gerichtliche Obhut nehmen, und den Gläubigern erhalten, was sich ihnen nur immer erhalten läßt; darum muß er ferner alle und jede, die auf diese Habe oder auf einen Theil derselben Ansprüche zu haben sich berechtigt halten, zu gerichtlichen Darlegung und Verfolgung dieser Ansprüche auffordern, und die zu dem Ende im Concurs-Processe üblichen Edictalien erlassen; und haben sich die Gläubiger gemeldet und ihre Ansprüche nachgewiesen, die vorhandene Habe selbst, nach der Wesenheit dieser Ansprüche und der gesetzlichen Rangordnung derselben, unter jene vertheilen. Allein mehr als dies zu thun, liegt außerhalb der Sphäre der richterlichen Gewalt, und kommt dem Richter auf keinen Fall zu, wenn er die Gränzen seiner Amtsbefugnisse nicht auffallend überschreiten will. Auf jeden Fall liegt es unter allen Umständen ganz und gar nicht innerhalb des Kreises der richterlichen Befugnisse, irgend einen Gläubiger zur Verfolgung seiner Ansprüche gegen den gemeinen Schuldner und die Concursmasse dann nöthigen zu wollen, wenn der Gläubiger es vielleicht für gerathener finden sollte, mit seinen Ansprüchen lieber zurückzubleiben, und seine Forderung entweder stillschweigend ganz und gar aufzugeben, oder einen Zeitpunkt abzupassen, wo er auf eine leichtere, zuverlässigere und vollständigere Art zu dem gelangen zu können hofft, dessen Erlangung ihm die Lage des Concurs-Processes problematisch machen mag [1]). Nichts aber, als eine solche Nöthigung, spricht sich in der letzten Analyse in der Eröffnung des Concurs-Pro-

1) Man vergl. von Trütschler, die Lehre von der Präclusion bei entstandenem Concurse der Gläubiger (2te Aufl.) S. 15.

cesses aus, wenn sie der Richter von Amtswegen verfügt, und jede solche Eröffnung ist daher, meiner Absicht nach, nicht nur eine an sich unzulässige, sondern sogar, genau betrachtet, selbst eine widerrechtliche Handlung des Richters. Soll dieser Vorwurf die richterliche Thätigkeit bei Eröffnung des Concurs-Processes nicht treffen, so kann die Eröffnung dieses Verfahrens nur in den beiden Fällen eintreten, wenn entweder der Gemeinschuldner seine Habe seinen Gläubigern abgetreten hat, oder diese auf Eröffnung des Concurs-Processes angetragen haben; eine Eröffnung des Concurs-Processes von Amtswegen aber giebt es nicht. Zwar meint man ein solches Einschreiten des Richters von Amtswegen durch die Bemerkung rechtfertigen zu können: der richterlichen Gewalt schon an sich betrachtet liege es ob, bei einem überschuldeten Vermögen jedem Gläubiger nur so viel zuzusprechen, als die Coexistenz der übrigen Gläubiger verstattet [2]). Man meint die gewöhnlichen Mittel, wodurch ein Schuldner zur Bezahlung seiner Gläubiger angehalten werden könne, fielen weg, sobald mehere Gläubiger entweder schon da sind, oder Kentniß derselben dem Richter beiwohnt, und die Insolvenz des Schuldners dem Richter bekannt wird. Man glaubt, in einem solchen Falle dürfe der Richter weder mehr Zahlungsbefehle erlassen, noch Auspfändungen vornehmen, noch endlich zu einer particularen Immission schreiten. Ja man geht sogar zu der Behauptung über: thue der Richter dieses destoweniger, so mache er sich den Gläubigern verantwortlich, und diese könnten auf Vernichtung dieses ihren wohlerworbenen Rechten nachtheiligen Verfahrens antragen; denn in dem Augenblicke, wo es sich zeigt, daß das Vermögen des Schuldners nicht mehr zur Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger ausreicht, erhalten diese — nach dem gewöhnlichen Raisonnement — ein wohlerworbenes Recht, daraus, mit Hinsicht auf die in den

---

2) Danz Grundsätze der summarischen Processe vermehrt und zum Theil umgearbeitet von Gönner S. 219.

Gesetzen angeordneten Vorzüge ihrer Forderungen, befriedigt zu werden; und dieses Recht, meint man, dürfe am allerwenigsten von dem Richter außer Augen gesetzt werden [3]. Indeß die Unzulänglichkeit dieses Raisonnements dringt sich wohl von selbst auf, wenn man sich die Mühe nimmt, es etwas genauer zu prüfen, als dieses gewöhnlich geschieht. Die Pflichten, die man dem Richter hier auflegt, liegen offenbar nicht in dem Kreise seiner Verpflichtungen. Er ist zwar vermöge seines Amtes dazu instruirt, Jedem zu seinem Rechte, und also auch jedem Gläubiger zu seiner Rechtsforderung zu verhelfen, der seine Hülfe desfalls anspricht; allein zu einem Garanten des allgemeinen Kredits und der Rechtsansprüche, die Bürger an Bürger machen mögen, — zu dem diese Darstellung der Concursproceßtheorie den Richter macht, — dazu kann ihn wohl Niemand machen, der den eigenthümlichen Character aller richterlichen Thätigkeit nicht ganz unbeachtet lassen und vernichten will. Unsere Privatrechts-Gesetzgebung ruht durchaus nicht auf der Idee, daß der Richter der Garant aller Ansprüche seyn solle, die Bürger an Bürgern zuständig seyn mögen; sie ruht vielmehr auf der ganz entgegengesetzten Maxime; jedem liegt es ob, sich seine Ansprüche an Andere durch eigene Thätigkeit zu wahren, oder, wie unsere Juristen diese Idee gewöhnlich auszudrücken pflegen, auf der Maxime: vigilantibus jura sunt scripta. Wohin würde es auch führen, wollte man das oben angegebene Raisonnement in seiner möglichsten Strenge und Consequenz verfolgen, und durchführen? würde nicht wohl in hundert Fällen neunzig Mahl der Arm des Richters durchaus gelähmt seyn, bei der Vollstreckung seiner Erkenntnisse, sollte der Richter bei jeder Hülfsvollstreckung mit der Umsicht, die man in dem angegebenen Raisonnement von ihm fordert, sich die Frage vorlegen müssen: wird die Vollstreckung des Er-

---

3) M. vrgl. Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 517.

kenntnisses nicht diesen oder jenen beeinträchtigen, der vielleicht ähnliche Ansprüche an den Schuldner zu machen hat, wie die des Gläubigers seyn mögen, der jetzt grade auf die Execution dringt? So menschenfreundlich es auch klingen mag, den Richter zum Garanten des allgemeinen Credits zu machen, so irrig ist diese Lehre. Mag es auch seyn, daß der Richter jedem Gläubiger des überschuldeten Gemeinschuldners nur so viel zusprechen kann, als die Coexistenz der übrigen im Concurse aufgetretenen Gläubiger gestattet. Auf keinen Fall läßt es sich doch rechtfertigen, im Falle der erscheinenden Unvermeidlichkeit der Eröffnung des Concurses den Richter gleichsam zum Depositar des Gemeinwillens aller Gläubiger eines Schuldners zu machen, und ihm schon von Amtswegen die Verbindlichkeit aufzuerlegen, nur so lange in Realisirung einzelner Ansprüche vorzuschreiten, als er nicht besorgen darf, hierdurch andern Gläubigern zu schaden [4]; eine solche Attribution ist selbst in diesem Falle dem Richteramte nicht minder fremd, als dem Geiste unserer ganzen Gesetzgebung.

Nicht als Garant des allgemeinen Credits, nicht als officieller Fürsorger für die Ansprüche, welche Bürgern an Bürger zuständig seyn mögen, erscheint der Richter, selbst da, wo er die Gläubiger eines Schuldners, der sich für zahlungsunfähig erklärt und seine Habe seinen Gläubigern abgetreten hat, mittelst der in diesen Fällen nöthigen Edictalladung zur Angabe und zum Nachweis ihrer Forderungen aufruft. Dieser Aufruf geht aus ganz andern Elementen und Bedingungen hervor, als aus der angedeuteten Garantie. Die Nothwendigkeit des Aufrufs geht hervor aus der Unbekanntschaft des Richters mit dem Umfange der Schulden, die ein solcher Schuldner haben mag; aus der Unzuverlässigkeit der Angaben des Schuldners; aus der Schwierigkeit und Unsicherheit des Vertrauens auf diese Anga-

4) Dieß ist die Grundidee, auf welche von Gönner seine Concursproceßtheorie baut. M. vrgl. dessen Handbuch des gem. teutschen Processes. Erste Aufl. B. I. S. 555.

ben; und aus der Verbindlichkeit des Richters, zu seiner eigenen Sicherheit und Deckung den Individuen nachzuforschen, denen er die Habe des Schuldners ausantworten soll.

Nicht um der Gläubiger willen, nicht dazu, daß jeder von diesen erhalte, was ihm nach der Vorschrift der Gesetze von der Habe des gemeinen Schuldners gebühren mag, nicht um deswillen erläßt der Richter in dem angedeuteten Falle die Edictalladungen, und eröffnet damit den Concurs, sondern die Edictalladungen werden in diesem Falle erlassen zu seiner eigenen Sicherheit damit das vom gemeinen Schuldner ihm anvertraute Gut demjenigen zukomme welchem es der gemeine Schuldner eigentlich abgetreten hat; damit es nicht komme in fremde unberechtigte Hände, und der Richter nicht in Anspruch genommen werde von ihm unbekannten Gläubigern welche er vielleicht bei seiner Vertheilung der Masse übergangen haben mag; denn keine Frage ist es wohl, der Richter würde jedem bei der Vertheilung übergangenen Gläubiger verantwortlich seyn, wollte er bei der Vertheilung nicht mit der möglichsten Umsicht verfahren, und hätte er durch die in diesem Falle zu erlassenden Edictalien nicht alle aufgefordert, sich mit ihrer Forderung bei ihm zu melden.

Aber was der Richter zu thun hat, um gegen etwaige Ansprüche unbekannter Gläubiger in dem eben angedeuteten Falle sicher zu seyn, dasselbe liegt dem Gläubiger ob, der aus der Habe seines verschuldeten Schuldners mit Sicherheit zu seiner Befriedigung zu gelangen wünscht; denn nie zu denken ist an irgend eine Sicherheit des Gläubigers, der in irgend einen Theil oder in die ganze Habe seines Schuldners auf den Grund eines richterlichen Erkenntnisses eingesetzt wurde, so lange er sich noch nicht vergewissert hat, daß nicht noch andere Gläubiger vorhanden sind, die gleich gegründete, oder noch vorzüglichere, Ansprüche auf das Gut haben mögen, das man ihm zu seiner Befriedigung zugetheilt haben mag [5]; und dennoch kann

5) M. vergl. mit dieser Andeutung von Krützschler a. a. O. S. 9. folg.

es einem nicht ganz unverständigen Gläubiger zuverlässig nicht blos nur darum zu thun seyn, von seinem Schuldner eine nur blos provisorische Befriedigung zu erhalten, und es dem guten Glücke zu überlassen, ob sich nicht noch nach der Execution und nach erfolgter Immission des Gläubigers vielleicht Jemand finden mag, der auf den Grund älterer oder mehr begründeter Ansprüche ihm das wieder wegnimmt, was er zu seiner Befriedigung sich oft mühselig und kostspielig genug angeeignet haben mag; sondern wer befriedigt seyn will, will immer in der Regel definitiv befriedigt seyn, und daß alle gegen einen Schuldner in einem Concursprocesse aufgetretenen Gläubiger hier ihre definitive Befriedigung erhalten, ist der Endzweck des ganzen Concursverfahrens, seiner ganzen Institution nach in allen Stadien seines Ganges [6]).

Faßt man aber den angedeuteten Gesichtspunct ins Auge, so wird man wohl mit mir die Ueberzeugung theilen müssen, der ganze Concursproceß, so wie er sich bei unsern teutschen Gerichtshöfen im Laufe der Zeit ausgebildet, ruht auf keinen andern Elementen, als nur auf denjenigen, auf welchen die Aufforderung zum Klagen überhaupt ruht. In seiner Einleitung überhaupt spricht sich nichts weiter aus, als eine eigene Art des Provocationsprocesses [7]), abzweckend, bei der von dem gemeinen Schuldner geschehenen Ankündigung seiner Zah-

6) Angedeutet habe ich diese Idee bereits in meiner Recension von Gönner's Entwurf des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten in der Jenaischen A. L. Z. 1818. nr. 136.

7) M. vergl. mit dem hier gesagten L. 10. Cod. de bonis auctor. jud. possid. Für die dort von Justinian ausgesprochene Beschränkung der Theilnahmsbefugnisse der erst nach Immission eines Gläubigers aufgetretenen Gläubiger des gemeinen Schuldners wird ausdrücklich der Grund aufgeführt, ut non in perpetuum aliorum negligentia illi, qui pro suis debitis alacriores debitoribus aliis ostenduntur fuisse, praegraventur. Doch war freilich der Weg, den in der angegebenen Sanction Justinian einschlug, nicht ganz der geeignete.

lungsunfähigkeit, und der damit verbundenen Ueberweisung seiner Habe an seine Gläubiger, auf möglichst sichere und vollständige Vertheilung derselben an seine Gläubiger; bei der Eröffnung desselben auf Betrieb eines oder des andern Gläubigers hingegen, auf Sicherstellung dieses Gläubigers gegen unbekannte Ansprüche anderer, entweder gleich oder mehr berechtigter, Gläubiger. Blos nur diese Ansicht ist es, die in das ganze Concursproceß-Verfahren klaren Sinn, und die nöthige feste Haltung und Consequenz zu bringen vermag. Blos diese stellt den Richter dabei auf den, seinem richtigen und natürlichen Wirkungskreise angemessenen Standpunct; blos nur diese bringt in die Verhältnisse der aufgetretenen Gläubiger, sowohl unter sich, als in Beziehung auf die Nichtaufgetretenen, die erforderliche Planmäßigkeit und Regelmäßigkeit, und rechtfertigt insbesondere das Präjudiz für die Ausschließung der nicht erscheinenden Gläubiger, welche die Edictalladung stets ankündiget [8]). Dabei erscheint der Richter nie auf eine, seiner eigenthümlichen Wesenheit fremde Weise als Stellvertreter und Agent der vor ihm rechtenden Parteien, sondern er bleibt in seiner richterlichen Sphäre. Er erscheint nicht und handelt nicht als Depositar des allgemeinen Willens der Gläubiger, wozu ihn die vorhin angedeutete irrige Grundidee macht, sondern er erscheint als Richter im eigentlichen Sinne des Worts, als die öffentliche Behörde, welche die streitigen Ansprüche der aufgetretenen Gläubiger auf das Gemeingut, auf die Habe des Schuldners, beurtheilt und gesetzmäßig entscheidet, und Jedem von jenem Gemeingut zutheilt und zuspricht, was ihm davon nach den Bestimmungen des Gesetzes rechtlich zukommt. Die einzige Rolle,

8) Nicht mit Grunde tadelt daher Gönner a. a. O. S. 549. die preußische Gesetzgebung, welche in der Allg. G. O. für die preuß. Staaten Thl. I. Tit. 50. §. 2. den Grundsatz feststellt, zu Eröffnung des Concursprocesses ist ein Andringen der Gläubiger auf den gerichtlichen Beschlag seiner Habseligkeiten erforderlich.

welche der Richter neben der eigentlichen Uebung seines Richteramts spielt, die aber diesem Amte ganz und gar nicht fremd ist, ist die eines Depositärs der Gütermasse um deren Vertheilung die Gläubiger unter sich streiten. In dieser Beziehung erscheint er als die obervormundschaftliche Behörde, und als der Aufseher des etwa angestellten Güterpflegers nicht aber, wie man ihn nach der gewöhnlichen Darstellung ansehen möchte als der Obervormund der um die Güter streitenden Theile der auf die erlassene Edictalladung aufgetrenen Gläubiger. Und was den Contradictor betrifft, so spielt dieser bei dieser Darstellung nicht, wie man ihn bei der gewöhnlichen Ansicht etwa anzusehen geneigt seyn möchte, die Rolle des dem erkennenden Richter vorarbeitenden Instruenten, sondern er bleibt in seinem natürlichen Verhältnisse — in dem des Sachführers der Parteien, der eines Theils den gemeinen Schuldner gegen ungegründete Forderungen einzelner Liquidanten zu vertreten und zu sichern sucht, andern Theils das Interesse der auf die Provocation aufgetretenen Gläubiger gegen diejenigen wahrt, die sich mit rechtlich nicht begründeten Forderungen etwa zudrängen möchten, und in den Kreis der Gläubiger treten, und an der zu vertheilenden Masse Theil nehmen wollen, ohne dazu berufen zu seyn, und rechtlich begründete Ansprüche zu haben. Bewahrt bleibt hierbei die oben angedeutete Maxime unserer privatrechtlichen Gesetzgebung: vigilantibus jura sunt scripta, und der Richter sieht sich sein gesetzmäßiges Vorschreiten gesichert, ohne Gefahr für Ansprüche von Seiten der Gläubiger, welchen ihn die oben gewürdigte Ansicht von der Garantie des allgemeinen Credits und von der dem Richter zugewiesenen Rolle des Depositärs des Gesammtwillens der Gläubiger nothwendig und unvermeidlich aussetzt.

Die Gründe, warum man in unserm teutschen Concursprocesse die oben entwickelten Elemente dieses Processes bisher übersehen konnte, liegen nach meinem Dafürhalten eines Theils in den beschränkten Ansichten, die unsere Rechtsgelehrten, und vorzüglich unsere Proceßlehrer, bisher von dem Rechte zu Auf-

forderung zur Klage im allgemeinen halten [9]). Andern Theils aber mag die Nichtbeobachtung jener Elemente auch veranlaßt worden seyn durch die Rücksichten, welche man bei der Aufstellung der Concursproceßtheorie auf die Sanctionen der römischen Gesetzgebung über das Verfahren gegen überschuldete Debitoren nahm, ohne zu bedenken, daß die Römer von einem Concursprocesse in unserem Sinne ganz und gar keinen Begriff hatten und daß der teutsche Concursproceß auf ganz andern Elemementen ruht, als der römische. Denn wirklich sehr richtig ist die Behauptung Gönners [10]), für den wichtigen Fall einer mit Concurrenz der Gläubiger verbundenen Insolvenz des Schuldners enthält die römische Gesetzgebung gar keine Bestimmung. Doch die Grundsätze, welche diese Gesetzgebung über die Unabhängigkeit der Forderungen der hypothecarischen Gläubiger, von den Folgen, welche die missio in universa bona debitoris für die bloßen chirographischen Gläubiger hervorbrachte [11]), ingleichen die von ihr adoptirte Maxime, daß die missio in bona, welche vielleicht der eine oder der andere gegen den gemeinen Schuldner andringende Gläubiger erlangt haben möchte, für die Zukunft nicht ähnliche Immissionen ausschließe, sondern vielmehr als eine allen, auch den künftig sich noch anmeldenden, Gläubigern, wenn sie sich nur nicht allzu spät meldeten, zu Gut kommende Immission gelte [12]), — diese Grundsätze, sage ich, zeigen nur zu auffallend die Nothwendigkeit eines rechtlich begründeten Verfahrens, das die Gläubiger aus der Ungewißheit reißt. Und dieses nothwendige rechtliche Verfahren läßt sich auf keinem andern Wege herstellen, als an dem, den ich so eben anzudeuten versucht habe.

---

9) M. vrgl. hierüber Gönner a. a. O. B. IV. S. 169 folg.

10) A. a. O. S. 534.

11) L. 6. u. 10. Cod. de bonis auct. jud. possid.

13) L. 12. D. de reb. auctorit. jud. poss. und L. 10. Cod. de de bonis auctor. jud. poss.

Blos auf diesem Wege erblicken wir die dem römischen Concursproceß fremde Edictalladung, mit allen den Folgen, welche ihr der teutsche Concursproceß zugetheilt hat, in ihrem reinen offenen Sinne und in ihrer wahren Natürlichkeit und Haltbarkeit.

Aber diese Edictalladung, der erste Schritt, mit dem die Eröffnung des teutschen Concursprocesses beginnt, kann nur dann erlassen werden, wenn entweder der gemeine Schuldner sich für insolvent erklärt, und sein Vermögen seinen Gläubigern abgetreten hat, oder nach vorhergegangenem Antrag von Seiten der Gläubiger auf Eröffnung des Concurses, und ein hierauf erfolgtes desfalsiges Erkenntniß: „daß sie der Richter von Amtswegen erlasse," läßt sich auf keine Weise rechtfertigen. Geschieht übrigens von Seiten der Gläubiger der Antrag auf ihre Erlassung und Eröffnung des Concursprocesses, so liegt es freilich allerdings in der Natur der Sache, daß der Richter den Schuldner, über dessen Vermögen die Gläubiger den Concursproceß eröffnet wissen wollen, über diesen Antrag vorerst hört, ehe er demselben nachgiebt, und daß das in solchen Fällen gewöhnliche decretum de aperiundo concursu ertheilt sey, ehe zur wirklichen Eröffnung des Concursprocesses und der Erlassung der Edictalladung geschritten wird [13]. Denn bei der nachtheiligen Wirkung, welche die Concurseröffnung auf den Credit des Schuldners hat, über den der Concurs eröffnet werden soll, läßt sich ein eigenmächtiges Zufahren und Vorschreiten des Richters auf den blosen Antrag der Gläubiger auf keinen Fall rechtfertigen. Allein man irrt wohl sehr, wenn man vielleicht meinen möchte, Ein Gläubiger allein könne einen solchen Antrag nicht stellen, sondern er müsse immer hervorgehen aus einer Vereinbarung mehrerer [14]. Zwar liegt es im

---

13) Sehr zweckmäßige Regeln für das hier zu beobachtende Verfahren des Richters gibt der Entwurf zu einer neuen Gerichts-Ordnung für die chursächs. Lande (Dresden 1803. 8.) S. 695 flgde.

14) Zu dieser Meinung bekennt sich der Entwurf zu einer

Begriff des Concursprocesses, daß hier immer mehrere Gläubiger zusammentreffen, und ohne ein solches Zusammentreffen ist ein Concursproceß gar nicht denkbar. Aber nicht gerade nothwendig ist es, daß dieses Zusammentreffen schon sich offenbare in dem Augenblicke, wo die Frage zu verhandeln seyn mag: ist überhaupt mit der Eröffnung des Concursprocesses zu verfahren? Das Recht des Einen Gläubigers, selbst da, wo bisher er allein nur als Gläubiger erscheint auf Erlassung der Edictalien und Vorladung anderer, etwa ausser ihm noch vorhandener, Gläubiger seines Schuldners anzutragen, dieses Recht erscheint in jedem Falle, wo der Eine bisher aufgetretene und aus der Habe seines Schuldners zu befriedigende Gläubiger nöthig finden mag, über die Frage vergewissert zu seyn, ob es nicht neben seinem Anspruch auch andere Ansprüche an die Habe seines Schuldners gebe, deren Daseyn ihm die definitive Befriedigung seiner Forderung aus dem Vermögen seines Schuldners ungewiß macht; — ein Fall, der sehr leicht eintreten kann, wenn z. B. ein von einem chirographarischen Gläubiger belangter Schuldner auf sein Vermögen früherhin aufgenommene hypothecarische Schulden haften hätte, deren Abtrag er sofort nicht nachweisen könnte [15]). Kann in einem Falle

---

neuen Gerichts-Ordnung f. d. chursächs. Staaten S. 695 und derselben Meinung scheint auch Gönner a. a. O. S. 535. zu seyn, wo er von dem Falle der Unzulänglichkeit des Vermögens Eines Schuldners zur Befriedigung seines wider ihn aufgetretenen Einen Gläubigers spricht. Dagegen verlangt die preußische Gesetzgebung (A. P. G. O. Thl. I. S. 50. §. 4.) mit Recht die Eröffnung des Concurses, sobald auch nur ein Einziger Gläubiger darauf anträgt.

15) Für den hier angedeuteten Fall kann übrigens der von Gajus in der L. 158. D. de divers. regul. jur. ausgesprochene Grundsatz; Creditor, qui permittit, rem venire, pignus dimittit, ganz und gar nichts entscheiden; denn wie oft ist nicht der Fall vorhanden, daß der hypothecarische Gläubiger abwesend, verstorben, oder nicht so leicht auszumitteln ist, wo also das Ge-

der Art der Schuldner, der seinem Gläubiger seine Habe zur Zahlung anweißt, oder im Wege der Execution zur Zahlung überlassen muß, seinen ausserdem unverschuldeten Zustand nicht darthun, und dadurch dem Gläubiger die Gewißheit einer definitiven Befriedigung gewähren, wer mag es dem Gläubiger wohl verargen, wenn er zu seiner Sicherheit auf Vorladung der unbekannten Gläubiger seines Schuldners anträgt, und damit die Eröffnung eines Concursprocesses betreibt, den er unter andern Verhältnissen vielleicht gern vermieden sehen möchte. Doch der Fall, wo nur Ein Gläubiger auf die Eröffnung des Concursprocesses anträgt, wird wohl äußerst selten eintreten. Nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge sucht jeder Gläubiger die Concurrenz anderer Gläubiger, welche die Eröffnung des Concursprocesses g e[illegible]t, immer lieber zu vermeiden, als sie ohne Noth herbeizuführen, und in der Regel ist es immer der Andrang mehrerer Gläubiger, der ein solches Verfahren veranlaßt und herbeizieht. Indeß weder in dem Daseyn mehrerer Gläubiger, noch in der aus ihrem Daseyn hervorgehenden Unzulänglichkeit der Habe des gemeinen Schuldners an sich, ist das Moment zu suchen, das die Eröffnung des Concursprocesses rechtlich begründen mag. So lange die Gläubiger eines von mehreren belangten Schuldnern über diesen Punct schweigen, und die Eröffnung des Concursprocesses nicht fordern, so lange kann selbst bei der offenbarsten Unzulänglichkeit der Habe ihres gemeinschaftlichen Schuldners zu ihrer Befriedigung der Richter mit der Eröffnung des Concursprocesses nicht eingreifen.

Nicht die Sache des Richters, sondern blos nur Sache des

---

ses gar keine Anwendung finden kann. Auch liegt nicht gerade darin, daß der Gläubiger weiß, daß die Veräußerung seines Unterpfands geschehen soll, und in dem hier nicht erfolgten Widerspruch, von seiner Seite die Einwilligungserklärung; vielmehr bekennt sich Marcian in L. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. vel. hypoth. solvit. ausdrücklich zur Negation. Man vergl. übrigens Quistorp Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 2te Aufl. S. 349 folgde.

Gläubigers ist es, dahin zu trachten, daß die provisorische Befriedigung, welche in einem solchen Falle ihnen die Execution und Immission in die Habe ihres Schuldners giebt, einen definitiven Character erlange; blos nur ihnen liegt es ob, darauf hinzuwirken, daß ihnen mit voller Sicherheit zu Theil werde, was sie durch Hülfe des Richters aus der Habe ihres Schuldners zu erlangen streben. Den provisorischen Zustand, der beim Daseyn mehrerer Gläubiger jede Execution in die Habe des gemeinen Schuldners giebt, diesen provisorischen Zustand in einen definitiven umwandeln zu wollen, dazu ist der Richter von Amtswegen weder berechtigt noch verpflichtet. Unaufgefordert schützt der Richter keine Rechte, und der bekannte Satz: wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter, nach welchem die richterliche Thätigkeit allgemein begränzt ist, äußert auch hier seine Wirkungen in der Maße, daß auch hier die Bedingung für die Eröffnung des Concursprocesses in einer vorhergegangenen Aufforderung der Gläubiger allesammt, oder wenigstens Eines oder des Andern, unter ihnen gesucht werden muß. Das Einzige, was in einem solchen Falle dem Richter zukommen mag, ist höchstens nur das, wozu die preußische Gesetzgebung [16]) hier anweißt, nämlich eine Mittheilung der Lage der Sache an die übrigen ihm bekannten Gläubiger, damit diese thun mögen, was sie zur Wahrung ihrer Gerechtsamen und zur Sicherstellung ihrer Forderungen etwa zu thun nöthig finden. Doch genau genommen liegt selbst in dieser Mittheilung etwas anomalisches, etwas mit der Wesenheit der rechtlichen Wirksamkeit nicht ganz vereinbarliches, und um deswillen muß diese Mittheilung, wo sie irgendwo vorgenommen werden mag, sich blos nur beschränken, auf eine reine Benachrichtigung der Gläubiger von der Lage ihres Schuldners, und dem, was gegen diesen vorgeht, ohne irgend eine Aufforderung zu irgend einer Handlung. Denn offenbar zu weit geht die preußische Gesetzgebung, wenn sie von dem Richter fordert, er solle zu-

16) A. P. G. O. Thl. I. Tit. 50. §. 9 und 10.

gleich mit jener den Gläubigern zu machenden Eröffnung die Anberaumung eines Termins verbinden, in welchem sich die Gläubiger über die ihnen geschehene Bekanntmachung und die etwa nöthige fernere Einleitung der Sache zu erklären haben.

Selbst das Entfliehen eines notorisch mit Schulden behafteten Individuums kann meiner Ansicht nach das officielle Eingreifen des Richters und die Eröffnung des Concursprocesses von Amtswegen nicht rechtfertigen. Auch hier scheint mir der desfalsige Antrag der Gläubiger abgewartet werden zu müssen, wenn der Richter innerhalb der Sphäre bleiben soll [17]). Der Richter, oder eigentlich die Polizey, mag zwar das Vermögen eines solchen Schuldners in Verwahrung nehmen, und es gegen Anfälle aller Art zu schützen suchen. Es mag unter Siegel gelegt, oder Jemand zur Verwaltung desselben bestellt werden. Aber immer ist erst abzuwarten, was die Gläubiger des Entwichenen thun mögen. Erst dann mag zu Eröffnung des Concurses geschritten werden, wenn bestimmte Anträge von Seiten der Gläubiger hierauf vorliegen. Dies liegt meiner Ueberzeugung nach in dem Wesen der Dinge. Ganz fremd aber ist diesem Wesen jede andere Maasregel, die vielleicht von Seiten des Richters ergeriffen werden könnte. Und aus dem Grunde, der in diesem Felle eintritt, kann auch keine Eröffnung des Concursprocesses dann statt finden, wenn die Erben eines verstorbenen Schuldners ihrer Existenz oder ihrem Aufenthalte nach unbekannt sind, aus dem aufgenommenen Inventarium aber die Unzulänglichkeit der Erbmasse zur Bezahlung der darauf haftenden Schulden hervorgeht, — wo die preußische Gesetzgebung [18])

---

17) Anderer Meinung sind: Danz a. a. O. S. 244. Hofacker princip. jur. civil. rom. germ. Tom. III. §. 4578. Die A. P. G. O. a. a. O. §. 4. und die K. Sächs. Gesetzgebung in dem Mandat wider die Bankeroutirer §. 6. u. 22.

18) A. a. O. 54. — Ein anderer Fall ist es, wenn die Erben auf eine mit Schulden beladene Erbschaft verzichten. Der Verzicht nimmt in diesem Falle den Character der Cessio bonorum an

gleichfalls Ausnahmsweise die Eröffnung des Concursprocesses von Amtswegen für zuläßig erklärt. Auch hier mag ohne Antrag der Erbschaftsgläubiger auf Eröffnung des Concursprocesses mit dieser Maaßregel nicht verfahren werden. Abgesehen von dem Falle, wo der Schuldner sich selbst für zahlungsunfähig erklärt, und seinen Gläubigern sein Vermögen abläßt, abgesehen von diesem Falle, wohin jedoch weder die Entweichung eines Schuldners, und noch weniger die Unbekanntschaft der Erben eines Verstorbenen gehört, ist jede Concurseröffnung bedingt durch den hierauf gerichteten Antrag eines oder mehrerer Gläubiger des Verschuldeten; und nur dann, wenn dieser Grundsatz festgehalten wird, wird es gelingen, der Concursproceßtheorie die nöthige Festigkeit und Haltbarkeit zu geben, die ihr jetzo durchaus fehlt, weil man dabei dem Wesen der richterlichen Thätigkeit nie ganz treu geblieben ist, und dem Richter Berechtigungen und Obliegenheiten attribuirt hat, die dem eigenthümlichen Character seines Wirkens ganz fremd sind. — Und erwägt man, wie nachtheilig es auf den allgemeinen Wohlstand und selbst auf die Wesenheit der richterlichen Amtsthätigkeit einwirkt, wenn man den Richter in ihm fremde Sphären hineinzieht, und wie oft er, der Richter, dadurch, besonders in der hier behandelten Lehre, aus übertriebener Aengstlichkeit, oder auch aus nicht zu billigender Sportelsucht, zu sehr verderblichen Mißgriffen veranlaßt wird; so glaube ich, man wird es mir nicht mißdeuten, hier den Punct zur Sprache gebracht zu haben, mit dessen Erörterung ich mich eben beschäftiget habe.

---

und hier kann allerdings von Seiten des Richters ohne weiteres mit Eröffnung des Concursprocesses verfahren werden.